



UOHSX0057E80

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R113/2010/VZ-14816/2013/310/LPa

Brno 7. srpna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 8. 2010 podaném zadavatelem –

- městem **Turnov**, IČ 00276227, se sídlem Antonína Dvořáka 335, 511 22 Turnov, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 15. 4. 2010 společností ML Compet, a.s. (do 10. 8. 2010 podnikající pod obchodní firmou Executive Project Group, a.s.), IČ 27627136, se sídlem Revoluční 655/1, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010 ve věci přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele, učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**Integrovaný terminál veřejné dopravy Turnov – I. etapa**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60034883, ve znění opravy ze dne 14. 8. 2009, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **EUROMONT GROUP a.s.**, IČ 63147165, se sídlem Velebudice č. p. 210, 434 01 Most,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, při respektování závazného právního názoru Krajského soudu v Brně, vysloveného v rozhodnutí č. j. 62 Af 71/2010 – 46 ze dne 20. 3. 2012 a Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 32/2012 – 33 ze dne 30. 5. 2013, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Turnov, IČ 00276227, se sídlem Antonína Dvořáka 335, 511 22 Turnov, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s ust. § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60034883 oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona, a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Integrovaný terminál veřejné dopravy Turnov – I. etapa“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele z důvodu možného porušení zákona si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) vyžádal od zadavatele příslušnou zadávací dokumentaci, po jejímž prozkoumání získal pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při zadání shora uvedené veřejné zakázky, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 6 zákona, když v souvislosti se změnou zadávacích podmínek neprodloužil lhůtu pro podání nabídek zájemcům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ač o to byl společností BAK stavební společnost, a.s., IČ 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov (dále jen „**společnost BAK**“) požádán, a následně ji při posouzení nabídek z hlediska splnění podmínek zadání prodloužil s odkazem na § 76 odst. 3 zákona uchazečům, kteří nabídku podali a nepředložili odpovídající bankovní záruku. Vzhledem k tomu, že zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek až po jejich podání, kdy již obsah nabídek nelze měnit, vznikly současně Úřadu pochybnosti o souladu postupu zadavatele s ustanovením § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 76 odst. 6 zákona. Úřad proto dne 25. 3. 2010 zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a společnost EUROMONT GROUP a.s., IČ 63147165, se sídlem Velebudice č. p. 210, 434 01 Most (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

3. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 19. 10. 2009 vyplynulo, že čtyři z osmi uchazečů, kteří podali své nabídky, byli hodnotící komisí s odkazem na ustanovení § 76 odst. 3 zákona požádáni o písemné vysvětlení svých nabídek ve vztahu k předloženým bankovním zárukám, když platnost bankovních záruk předložených jednotlivými uchazeči nepokrývala celou, zadavatelem požadovanou, dobu. Hodnotící komise tedy tyto uchazeče požádala o vysvětlení doby platnosti bankovní záruky za provedení a jakost díla doplněním této skutečnosti prohlášením banky k vystavené bankovní záruce, ze kterého by bylo zřejmé, že bankovní záruka bude pokrývat celou uchazečem nabídnutou, dobu záruky. K vysvětlení doby platnosti bankovní záruky, resp. k doplnění prohlášení banky k vystavené záruce byla uchazečům poskytnuta lhůta 10 dnů ode dne doručení žádosti.
4. K zahájenému správnímu řízení se pak zadavatel vyjádřil svým podáním ze dne 12. 4. 2010, ve kterém uvedl, že žádosti společnosti BAK o prodloužení lhůty nevyhověl po konzultaci s osobou mající odborné zkušenosti v oblasti bankovníctví a vzhledem k povaze zpřesnění podmínek zadání. Zadavatel nesouhlasil se sdělením dodavatele BAK, že z důvodu změny zadávacích podmínek nemohl podat svoji nabídku a poukázal na skutečnost, že společnost BAK nepodala v průběhu zadávacího řízení proti postupu zadavatele námitky či podnět k Úřadu. Uchazeč SaM silnice a mosty, a.s., IČ 25018094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa, který proti doplnění zadávacích podmínek, které provedl zadavatel, námitky podal, doručil zadavateli ve lhůtě pro podání nabídek bankovní záruku, která reflektovala provedenou změnu podmínek, i když nepokrývala celou uchazečem nabídnutou dobu záruky. Zadavatel nemohl v době zamítnutí žádosti dodavatele BAK o prodloužení lhůty pro podání nabídek vědět, že z tohoto důvodu některý z dodavatelů nebude schopen svoji nabídku podat. Zadavatel dále uvedl, že z osmi podaných nabídek splnili podmínky stanovené pro bankovní záruku čtyři uchazeči. I ostatní uchazeči pochopili zadávací podmínky, protože platnost předložených bankovních záruk pokrývala celou dobu provedení díla, nicméně nedostatek, spočívající v tom, že jednotlivé záruky u těchto uchazečů nepokrývaly celou dobu záruky za jakost díla, byl odstraněn na základě vysvětlení nabídek. Zadavatel tedy chtěl svým postupem docílit odstranění zmatečných nedostatků předložených bankovních záruk a doplnění provedená vyzvanými uchazeči neměla charakter následné změny obsahu nabídek. Postupoval by takto i v případě, kdy by prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Zdůraznil, že v době přípravy nabídek měli všichni uchazeči stejné informace a dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 31. 8. 2009 neměly pro žádného uchazeče zásadní vliv na zpracování nabídek. Zadavatel tedy trval na tom, že postupoval v souladu se zákonem, zejména s § 6 zákona.
5. Svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-2762/2010/540/VKu ze dne 25. 3. 2010 vydal Úřad předběžné opatření, kterým uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Zadavatel na vydání tohoto rozhodnutí reagoval sdělením ze dne 7. 4. 2010, kterým informoval Úřad o skutečnosti, že již dne 23. 3. 2010 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a předmětné rozhodnutí Úřadu takto považuje za nevykonatelné.

II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 26. 7. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona, když nevyřadil nabídky čtyřech uchazečů, kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a umožnil jim doplnit jejich nabídky, a § 6 zákona, když neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně prodloužil uchazečům, kteří nepředložili odpovídající bankovní záruku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 23. 3. 2010 uzavřena smlouva. Za spáchání výše uvedeného správního deliktu Úřad uložil zadavateli ve výroku II. pokutu ve výši 350 000 Kč.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad poté, co shrnul obsah některých relevantních ustanovení zákona, vztahujících se k dané problematice, mimo jiné blíže věnoval výkladu ustanovení § 76 odst. 3 zákona, upravujícímu institut vysvětlení nabídky. Úřad k tomuto uvedl, že uvedený prostředek představuje pouhé vyjasnění informací deklarovaných uchazeči v jejich nabídkách, kdy případné doplňování či rozšiřování nabídky o nové listiny či informace, které měly být součástí nabídky již ve lhůtě pro podání nabídek, zákon neumožňuje. Úřad tedy v teoretické rovině shrnul, že hodnotící komise není oprávněna vyzývat uchazeče k doplňování jejich nabídek, či přihlížet k případným opravám a doplněním, učiněným po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
8. V posuzovaném případě Úřad z předložené dokumentace zjistil, že čtyři z osmi podaných nabídek nesplňovaly požadavek zadavatele na obsah bankovního příslibu, když jejich bankovní záruky nepokrývaly celou požadovanou dobu záruky za jakost díla. Hodnotící komise na tuto situaci zareagovala žádostí příslušných uchazečů o „vysvětlení doby platnosti bankovní záruky za provedení a jakost díla doplněním této skutečnosti prohlášením banky k vystavené bankovní záruce, ze které bude zřejmé, že bankovní záruka bude pokrývat celou uchazečem nabídnutou dobu záruky“. Ve dvou případech pak dožádání uchazeči doložili ve stanovené desetidenní lhůtě dodatkem provedenou změnu bankovní záruky, v jednom případě doložil uchazeč nové prohlášení banky, jejíž záruku ve své nabídce předkládal a jeden uchazeč předložil bankovní záruku vystavenou jinou bankou.
9. Na základě uvedených zjištění Úřad konstatoval, že hodnotící komise výše uvedeným postupem uchazeče fakticky požádala o doplnění jejich nabídek o bankovní záruku, která by odpovídala požadavkům zadavatele. Takovéto doplnění předložených nabídek nelze ovšem podle závěru Úřadu považovat za pouhé odstranění nejasností hodnotící komise, jak uvádí zadavatel. Z charakteru dodatečně doložených dokumentů totiž jasně vyplynulo, že se nejedná pouze o doklady vysvětlující informace předložené v jednotlivých nabídkách, ale o doklady a informace, které v nabídkách uchazečů obsaženy nebyly a které původně předložené listiny doplňují a modifikují, resp. nahrazují.

10. Dále se Úřad vyjádřil k postupu, na jehož základě zadavatel v souvislosti se změnou podmínek zadávací dokumentace odmítl na žádost společnosti BAK prodloužit lhůtu pro podání nabídek, přičemž Úřad připomněl zadavateli povinnost stanovenou § 40 odst. 6 zákona prodloužit lhůtu v případě, že provede úpravy v uveřejněném oznámení veřejné zakázky. Zároveň ovšem dodal, že v posuzovaném případě se jednalo o změnu požadavku, který byl znám pouze dodavatelům, kteří si již vyzvedli zadávací dokumentaci. Změnu zadávacích podmínek ve spojení s neprodloužením lhůty pro podání nabídek proto Úřad zhodnotil jako bezvýznamnou pro určení okruhu zájemců, kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli. Naopak ve skutečnosti, že zadavatel následně fakticky poskytl lhůtu k doplnění nabídek uchazečům, kteří odpovídající bankovní záruku ve své nabídce nedoložili, Úřad shledal porušení zákona, spočívající v jednání v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace, když některým z dodavatelů zadavatel poskytl konkurenční výhodu.
11. Závěrem Úřad shrnul, že zadavatel porušil základní zásady stanovené v ust. § 6 zákona, a to zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, když hodnotící komise poskytla čtyřem uchazečům dodatečnou lhůtu k předložení odpovídající bankovní záruky, ačkoliv zadavatel v průběhu zadávacího řízení odmítl žádost společnosti BAK o prodloužení lhůty pro podání nabídek v souvislosti se změnami podmínek pro požadovanou bankovní záruku. Zadavatel tak nezajistil rovný přístup pro všechny dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nepřípustně zvýhodnil pouze ty z nich, kteří následně podali nabídku. Tímto postupem tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Hodnotící komise dále svým výše uvedeným postupem, kdy nevyřadila nabídky uchazečů, kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a těmto uchazečům naopak umožnila doplnit jejich nabídky, postupovala v rozporu s ust. § 76 odst. 1 a 3 zákona.

III. Námitky rozkladu

12. Úřad obdržel proti napadenému rozhodnutí dne 11. 8. 2010 rozklad zadavatele ze stejného dne, v němž se zadavatel předně bránil proti závěru napadeného rozhodnutí, že postupoval v rozporu s ustanovením § 6 zákona. Dále vytkl Úřadu, že v napadeném rozhodnutí posuzoval celou situaci pouze na základě vyjádření společnosti BAK, že nepodala nabídku z důvodu dodatečně stanovených nadstandardních požadavků na poskytnutí bankovní záruky. Cílem tohoto účelového vyjádření společnosti BAK bylo přitom zadavatele poškodit. Dále zadavatel uvedl, že lhůta mezi doručením dodatečných informací a termínem pro podání nabídek byla 10 dnů, kteroužto zadavatel na základě svých dosavadních zkušeností s bankovními institucemi v ČR a konzultace s osobou mající odborné zkušenosti v oblasti bankovníctví, považoval za dostatečnou. Důvod, pro který společnost BAK nepodala nabídku tak byl podle zadavatele jiný a to zřejmě ten, že společnost BAK nebyla schopna zajistit některý jiný dokument a snažila se odkazem na bankovní záruku využít situace k prodloužení lhůt pro podání nabídek.
13. Zadavatel pak vyslovil nesouhlas také se závěrem Úřadu, že provedl změnu zadávacích podmínek, když uvedl, že dodatečné informace původní zadávací podmínky ani neměnily, ani nemodifikovaly. K porušení § 76 odst. 1 a 3 zákona pak zadavatel uvedl, že výzva k vysvětlení doby platnosti bankovní záruky byla učiněna právě s odkazem na toto ustanovení proto, že jiné ustanovení zákona takovou možnost neposkytuje. Zadavatel čtyři uchazeče, u kterých

bylo zapotřebí vysvětlení jejich nabídky, nevyločil, protože jejich nabídky doklad o bankovní záruce obsahovaly a protože jejich vyřazení by bylo nepřiměřené povaze nejasnosti nabídek. Zadavatel navíc nevyzýval k doplnění o chybějící doklady, nýbrž k písemnému vysvětlení učiněnému prohlášením banky. Podle jeho názoru postupoval tedy v dobré víře v oprávněnost svého postupu vedoucího k zachování co nejvyšší míry hospodárnosti.

14. Zadavatel ve svém rozkladu polemizoval také se závěrem Úřadu, že jeho postupem byly naplněny podmínky pro aplikaci § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když vyslovil názor, že podle tohoto ustanovení musí dojít k podstatnému ovlivnění či hrozbě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že ani jeden z uchazečů, jež měli být podle názoru Úřadu vyloučeni z další účasti v zadávacím řízení, nebyl na prvním, druhém a dokonce ani třetím pořadí, nelze o možném ovlivnění či hrozbě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky podle zadavatele uvažovat.
15. Zadavatel dále poukázal na skutečnost, že se Úřad dopustil nesprávného úředního postupu spočívajícího v nečinnosti, na základě které došlo na straně zadavatele ke vzniku škody. Úřad obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání shora uvedené veřejné zakázky koncem roku 2009 a za účelem jeho prověření si od zadavatele vyžádal veškerou písemnou dokumentaci. Teprve dne 25. 3. 2010 však zadavatel obdržel od Úřadu oznámení o zahájení správního řízení a rozhodnutí – předběžné opatření, jímž byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Zadavatel však smlouvu s vybraným uchazečem uzavřel již 23. 3. 2010, a proto namítal nevykonatelnost předběžného opatření. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona by tedy podle názoru zadavatele nedošlo, pokud by Úřad při vydání předběžného opatření postupoval v souladu s ustanovením § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

Závěr rozkladu

16. V závěru svého rozkladu zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R113/2010/VZ-14590/2010/310/JSI ze dne 30. 9. 2010 napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. K jednotlivým rozkladovým námitkám předseda Úřadu uvedl následující.

K námitkám rozkladu

18. Předně se předseda Úřadu s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 5 Afs 131/2007 – 131 zde dne 12. 5. 2008 vyjádřil k možnosti změny podmínek veřejné zakázky, když uvedl, že změna zadávacích podmínek v zásadě možná je, nicméně pouze za předpokladu dodržení základních zásad zadávacího řízení, tedy zejména zásady rovného přístupu ke všem uchazečům tak, aby některému nebylo ztěženo či dokonce znemožněno účastnit se soutěže o veřejnou zakázku. Ztotožnil se tak se závěry napadeného rozhodnutí, že zadavatel se nedopustil porušení ustanovení § 40 odst. 6 zákona, které zadavatelům ukládá povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek v přípravě úprav

v uveřejněném oznámení veřejné zakázky, když byl změněn požadavek, který byl znám pouze dodavatelům, kteří si zadávací dokumentaci již vyzvedli, a takováto změna tedy nemohla mít na okruh těchto subjektů vliv. Zároveň ovšem podotknul, že vzhledem k tomu, že zadavatel následně fakticky poskytl lhůtu k doplnění nabídek uchazečům, kteří odpovídající bankovní záruku ve své nabídce nedoložili, dopustil se porušení § 6 zákona, protože jednal v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazem diskriminace. Kdyby totiž stejnou lhůtu poskytl i ostatním dodavatelům, zhodnotil předseda Úřadu, mohl obdržet nabídek více a některá z nich mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.

19. Dále se předseda Úřadu vyjádřil k otázce, zda zadavatel čtyři uchazeče skutečně pouze vyzval ve smyslu § 76 odst. 3 zákona k písemnému vysvětlení nabídky v části, která se týkala platnosti bankovních záruk, nebo zda těmto čtyřem uchazečům fakticky poskytl dodatečnou lhůtu k předložení bankovní záruky ve formě odpovídající zadávacím podmínkám namísto toho, aby jejich nevyhovující nabídky vyřadil. Předseda Úřadu přitom vyšel z textu výzev hodnotící komise směřujících k vysvětlení, resp. doplnění doby platnosti bankovní záruky a z nabídek uchazečů, na základě kterých odmítl tvrzení zadavatele, že by uchazeči byli pouze vyzváni k písemnému vysvětlení svých nabídek. Předložené bankovní záruky totiž nepokrývaly celou požadovanou dobu, ale lišily se v řádech měsíců ba i let. Zadavatel svým postupem tedy de facto čtyřem uchazečům prodloužil lhůtu k předložení bankovní záruky odpovídající požadavkům zadavatele, resp. jim umožnil doplnit jejich nabídky, čímž tyto uchazeče neoprávněně zvýhodnil.
20. K přesvědčení zadavatele, že skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nebyla naplněna, když účast některého z uchazečů, kteří byli vyzváni k vysvětlení své nabídky nemohla ohrozit vybraného uchazeče a nemohla tak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky předseda Úřadu zdůraznil skutečnost, že nelze vyloučit, že by dodavatel BAK nebo jiný dodavatel, který v důsledku změny zadávacích podmínek, se kterou nebylo spojeno prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 40 odst. 6 zákona, nepodal nabídku, mohl nabídnout plnění předmětu veřejné zakázky za výhodnější cenu, než jakou nabídl vybraný uchazeč. Přitom zopakoval, že samotná skutečnost neprodloužení pro podání nabídek sama o sobě nemusela představovat porušení § 6 zákona, nýbrž právě následné poskytnutí dodatečné lhůty k doložení adekvátní bankovní záruky jen některým uchazečům zapříčinilo znevýhodnění uchazečů, kteří si zadávací dokumentaci sice vyzvedli, ale nabídky nestihli podat právě proto, že nestihli zareagovat na nově specifikované požadavky zadavatele týkající se bankovní záruky. Takto mohlo dojít k situaci, že vlivem nesprávného postupu zadavatele nabídku nepodal dodavatel, jehož nabídka by byla výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.
21. K námitce zadavatele, směřující proti nesprávnému úřednímu postupu Úřadu předseda Úřadu konstatoval, že správní řízení bylo zahájeno dne 25. 3. 2010 z moci úřední. Ve stejný den, tedy bez zbytečných průtahů, došlo k vydání předběžného opatření, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Z uvedeného vyplývá, že toto rozhodnutí o nařízení předběžného opatření nemohlo být vydáno před zahájením správního řízení a námitka zadavatele je v tomto směru nedůvodná.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

22. Zadavatel (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu ÚOHS-R113/2010/VZ-14590/2010/310/JSI ze dne 30. 9. 2010 (dále též „žalobou napadeného rozhodnutí“) ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) žalobu, kterou se domáhal zrušení jak žalobou napadeného rozhodnutí, tak i jemu předcházejícímu rozhodnutí I. stupně. Toto řízení bylo u krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 71/2010.
23. Dne 20. 3. 2012 vydal krajský soud v Brně rozsudek č. j. 62 Af 71/2010-46, kterým rozhodl o zrušení žalobou napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (v soudním řízení též „žalovaný“) k dalšímu řízení.
24. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve po objasnění podstaty věci stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí a shledal, že žaloba je důvodná. Ke stěžejní otázce celého sporu, tedy zda žalobce čtyři uchazeče vyzval k písemnému vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona či jim poskytl dodatečnou lhůtu k předložení odpovídající bankovní záruky namísto toho, aby nabídky těchto uchazečů vyřadil, krajský soud poznamenal, že pro posouzení této otázky je třeba, aby měl k dispozici vedle zadávací dokumentace a doplňujících informací také původně nabízené bankovní záruky, výzvy hodnotící komise a odpovědi uchazečů na tyto výzvy. Ani jeden z těchto dokumentů však ve správním spise obsažen není.
25. Krajský soud tedy zhodnotil, že z absence uvedených dokumentů, jakožto i z absence záznamu o provedení důkazu těmito listinami podle § 53 odst. 6 správního řádu, pokládá za pravděpodobné, že žalovaný důkaz těmito listinami neprováděl. Krajský soud přitom zdůraznil nezbytnost, aby veškeré podklady, o něž žalovaný opírá svoje rozhodnutí, byly trvalou a nezaměnitelnou součástí správního spisu. Zpravidla není třeba, aby žalovaný celou zadávací dokumentaci učinil součástí správního spisu, pokud jde nicméně o listiny, jichž se ve svém rozhodnutí dovolává, nebo které dokonce přímo posuzuje, jako v daném případě, je nezbytné, aby tyto listiny byly alespoň ve formě kopie ve správním spise obsaženy. Pokud tedy žalovaný shledal, že žalobce porušil zákon, jestliže vyzval čtyři uchazeče k doložení bankovní záruky, považuje krajský soud za nezbytné, aby ve správním spise byly obsaženy jak původně nabízené bankovní záruky, tak nově předložené bankovní záruky a samozřejmě i předmětné výzvy hodnotící komise. Vlivem absence těchto klíčových podkladů krajský soud uzavřel, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve správním spise a proto žalobou napadené rozhodnutí v souladu s ustanovením § 76 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) zrušil.
26. Nad rámec tohoto procesního stanoviska se krajský soud krátce vyjádřil k podstatě sporu, když uvedl, že pokud by byla skutková situace tak, jak ji popsal žalovaný ve svém rozhodnutí, správná a uchazeči by tak předložili bankovní záruky, které neodpovídaly zadávacím podmínkám, jednalo by se o nesplnění zadávacích podmínek a nikoliv o situaci, kterou lze vyjasnit postupem podle ustanovení § 76 odst. 3 zákona.

27. V závěru krajský soud uvedl, že žalobou napadené rozhodnutí zrušil, když skutkový stav, který vzal žalovaný za základ žalobou napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spise. Dále v souladu s ustanovením § 78 odst. 4 s. ř. s. vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení, v němž je žalovaný vázán právním názorem krajského soudu vysloveným v tomto rozhodnutí. Co se týče rozhodnutí žalovaného vydaného v I. stupni správního řízení, ponechal nezbytnost jeho zrušení na posouzení předsedovi žalovaného.
28. Krajský soud žalovaného v novém řízení zejména zavázal k doplnění správního spisu o nezbytné podklady. Dále krajský soud vyzval žalovaného k ověření skutečnosti, tvrzené žalobcem v žalobě, že uzavřenou smlouvu s vybraným uchazečem zrušil a na základě těchto zjištění pak k posouzení, zda jsou nadále splněny veškeré znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pokud pak žalovaný dospěje k závěru, že ke spáchání předmětného správního deliktu došlo, považuje krajský soud za nezbytné při úvaze o konkrétní výši pokuty zohlednit právě okolnost, že došlo ke zrušení uzavřené smlouvy s vybraným uchazečem či skutečnost, že ještě před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky a současně po téměř dvou měsících ode dne, kdy si žalovaný od žalobce vyžádal zadávací dokumentaci, se žalobce měl dotazovat žalovaného na to, zda správní řízení bude zahájeno a měl ho upozornit na fakt, že je povinen smlouvu s vybraným uchazečem uzavřít a hodlá tak v nejbližší době učinit.

VI. Kasační stížnost

29. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 71/2010-46 ze dne 20. 3. 2012 (dále jen „**napadený rozsudek**“), kterým bylo zrušeno žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R113/2010/VZ-14590/2010/310/JSI ze dne 30. 9. 2010, podal předseda žalovaného (dále též „**stěžovatel**“) dne 2. 4. 2012 kasační stížnost, doplněnou podáním ze dne 4. 7. 2012, kterou odůvodnil ustanovením § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., neboť nabyl přesvědčení, že napadený rozsudek je stížen nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

VII. Řízení před Nejvyšším správním soudem

30. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 32/2012 – 33 ze dne 30. 5. 2013 byla kasační stížnost stěžovatele zamítnuta. V odůvodnění rozsudku NSS nejprve stručně shrnul průběh správního řízení a posléze i základní argumenty uvedené v kasační stížnosti. Poté, co přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti a z důvodů v ní uvedených dospěl k závěru, že je kasační stížnost nedůvodná.
31. Stěžejní námitku, vyslovenou stěžovatelem v kasační stížnosti, že nebyly splněny podmínky pro postup podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s., když skutkový stav týkající se bankovních záruk nebyl mezi žalobcem a stěžovatelem sporný a proto nebylo nutné tyto skutečnosti ve spise dokládat, NSS odmítl s odkazem na fakt, že správní řízení bylo zahájeno ex officio. Takovému typu správního řízení podle NSS výrazně dominuje zásada vyhledávací, kterážto ukládá správnímu orgánu neupínat se pouze k tvrzení účastníků řízení, nýbrž činit vše potřebné k řádnému zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Povinností stěžovatele tudíž bylo aktivně vyhledávat veškeré podklady pro

vydání meritorního rozhodnutí a to nejen ty, které prokazují, že se žalobce coby zadavatel dopustil správního deliktu, nýbrž i ty, které toto podezření vyvracejí. NSS tak podpořil závěr krajského soudu, že v posuzovaném případě nebylo sice nezbytné, aby stěžovatel do správního spisu zahrnul celou zadávací dokumentaci, nicméně pokud jde o listiny, na nich závěry o porušení § 76 odst. 3 zákona postavil, jejich absence ve správním spise vede minimálně k důvodným pochybnostem, zda byl skutkový stav stěžovatelem zjištěn řádně a brání tak řádnému přezkumu.

32. K závěru svého rozhodnutí se NSS plně ztotožnil s právními závěry vyslovenými Krajským soudem v Brně, že ve správním spise chybí klíčové podklady, které jsou nutné k posouzení zákonnosti postupu žalobce a kasační stížnost tak zamítl jako nedůvodnou.

VIII. Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladů a s přihlédnutím k právním závěrům Krajského soudu v Brně a NSS jsem dospěl k následujícímu závěru.

34. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010 postupoval v rozporu s právními předpisy, když skutkový stav, který vzal za základ pro své rozhodnutí kdy konstatoval, že se žalobce coby zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona, když nevyřadil nabídky čtyřech uchazečů, kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a umožnil jim doplnit jejich nabídky, a § 6 zákona, když neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně prodloužil uchazečům, kteří nepředložili odpovídající bankovní záruku, nenalezl oporu ve správním spise. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry učiněnými v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 71/2010 - 46 ze dne 20. 3. 2012, právními závěry vyslovenými v rozsudku NSS č. j. 2 Afs 32/2012 - 33 ze dne 30. 5. 2013 a tímto rozhodnutím.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

35. V šetřeném případě bylo pro vyslovení závěru napadeného rozhodnutí, že žalobce se coby zadavatel dopustil porušení zákona a spáchal tak správní delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, stěžejní vypořádat se s otázkou, zda hodnotící komise čtyři konkrétní uchazeče skutečně pouze vyzvala k písemnému vysvětlení jejich nabídek v části, která se týkala platnosti bankovních záruk, nebo zda šlo de facto o doplnění jejich nabídek, k čemuž jim zadavatel poskytl dodatečnou lhůtu. Posouzení a hodnocení těchto otázek tak Úřad logicky musel provádět na podkladě relevantních listinných dokumentů, zejména pak původně nabízených bankovních záruk, porovnatelných s těmi, které byly předmětnými dodavateli předloženy na základě výzvy hodnotící komise, popřípadě samotné výzvy k vysvětlení nabídek. Až na základě srovnání obou verzí bankovních záruk bylo možno učinit

patříčné závěry, neboť zejména časový údaj platnosti bankovní záruky je při nahlédnutí do obou verzí bankovních záruk lehce porovnatelný.

36. Obecně je nutno zdůraznit povinnost správního orgánu v odůvodnění jím vydaného rozhodnutí uvést, které skutečnosti se staly podkladem jeho rozhodnutí, jakými důkazy své závěry podpořil ba i jakými úvahami byl veden při jejich hodnocení. Označení důkazních prostředků, kterými správní orgán prováděl jednotlivé důkazy, je nezbytné jednak pro naplnění požadavku přesvědčivosti rozhodnutí a dále jeho případné přezkoumatelnosti. Pokud pak tedy v posuzovaném případě správní orgán prvního stupně v odůvodnění svého rozhodnutí správně odkázal na výše uvedené dokumenty, na jejichž základě učinil závěr o nejdůležitější otázce celého případu, bylo jeho povinností v rámci požadavku přezkoumatelnosti rozhodnutí učinit tyto dokumenty součástí správního spisu. Z kontextu odůvodnění napadeného rozhodnutí je sice zřejmé, že v době, kdy Úřad v posuzované věci rozhodoval, měl předmětné důkazní prostředky k dispozici, vzhledem k tomu, že po skončení správního řízení před Úřadem celou zadávací dokumentaci navrátil zadavateli, bylo zřejmé, že poté již nebude možné do předmětných listin nahlédnout. Tím spíše pak měl Úřad dbát na to, aby veškeré podklady a dokumenty, o nichž se v napadeném rozhodnutí opřel, učinil stálou a neměnnou součástí správního spisu. Za situace, že se tak nestalo, není již možno závěry, které Úřad v napadeném rozhodnutí učinil podložit relevantními listinnými důkazy, když nelze postavit na jisto, čili nelze ověřit, zda Úřad skutkový stav zjistil skutečně v souladu se zadavatelem předloženou zadávací dokumentací.
37. Vzhledem k tomu, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo zrušeno již rozsudkem Krajského soudu v Brně a k pochybení Úřadu došlo již při rozhodování ve věci v prvním stupni a toto pochybení nelze v řízení o rozkladu odstranit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010 tak, jak je uvedeno výše.
38. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně, NSS, i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení doplní správní spis o nezbytné podklady a současně ověří skutečnosti, tvrzené v žalobě, že uzavřenou smlouvu s vybraným uchazečem zadavatel zrušil a na základě těchto zjištění pak posoudí, zda jsou nadále splněny veškeré znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pokud pak Úřad dospěje k závěru, že ke spáchání předmětného správního deliktu došlo, bude nezbytné při úvaze o konkrétní výši pokuty zohlednit právě okolnost, že došlo (pokud tomu budou nasvědčovat zjištěné skutečnosti) ke zrušení uzavřené smlouvy s vybraným uchazečem či skutečnost, že ještě před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky a současně po téměř dvou měsících ode dne, kdy si Úřad od zadavatele vyžádal zadávací dokumentaci, se zadavatel měl dotazovat Úřadu na to, zda správní řízení bude zahájeno a měl ho upozornit na fakt, že je povinen smlouvu s vybraným uchazečem uzavřít a hodlá tak v nejbližší době učinit.

IX. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ML Compet, a.s., Revoluční 655/1, 110 00 Praha
2. EUROMONT GROUP a.s., Velebudice č. p. 210, 434 01 Most

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy